

SABRINA DIAS DE ARAÚJO MENDONÇA

**INCLUSÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA:
direito conquistado ou estratégia de controle?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Renê Marc

BRASÍLIA

2009

A Deus. A minha mãe, meu exemplo de vida, a quem devo tudo que sou e tudo que tenho, minha heroína e fonte de motivação. Ao meu orientador, pelos momentos de dedicação e amizade. E, por fim, a todos aqueles que torceram por mim, ainda que à distância.

RESUMO

Este trabalho propõe promover uma discussão a cerca da inserção da união homoafetiva no direito de família, por meio de contextualização histórica e análise da doutrina dominante, vez que poderia restringir a liberdade de escolha dos homossexuais e obstar matérias como proteção contra violência e discriminação, visadas pelos grupos e movimentos que cercam o tema, ao invés disso, a proposta do debate é apenas criar medidas protetivas, que não estariam limitando a pluralidade referente a essas uniões.

Palavras-chaves: homoafetividade, direito, liberdade, privação, proteção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 FAMÍLIA	8
1.1 Origem - evolução histórica.....	8
1.2 Conceito e abordagem no ordenamento jurídico	12
2 CASAMENTO.....	16
2.1 Conceito.....	16
2.2 O casamento e as relações extra-matrimoniais.....	20
3 HOMOAFETIVIDADE.....	23
3.1 Conceito e evolução histórica.....	23
3.2 A homoafetividade e a Religião.....	28
3.3 A homoafetividade e os princípios constitucionais.....	30
3.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	33
3.3.2 Princípios da Igualdade e da Liberdade.....	35
4 AS MUDANÇAS NO DIREITO DE FAMÍLIA COM O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	38
4.1 Repercussão nos tribunais.....	38
4.2 Direito conquistado?.....	43
4.3 Projeto de Lei 1.151/95 e Plano Nacional LGBT.....	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	54
ANEXOS.....	I

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa é referente à conclusão do curso de direito e almeja abordar as relações homoafetivas e sua inserção no direito de família, seguimento do direito civil, com o intuito de fazer uma reflexão mais detida sobre a percepção que este ramo do direito desenvolve sobre esse grupo social, os preconceitos e estigmatizações sofridas por essa parcela da sociedade, e quem sabe, apontar caminhos outros a essa questão.

Diante de uma realidade que oprime, reprime, humilha e fere a identidade, e com o objetivo de promover a superação do preconceito, da homofobia e da discriminação, têm se tornado cada vez mais freqüentes as passeatas, movimentos homossexuais, e a busca de proteção jurisdicional por esse grupo.

A preocupação do legislador brasileiro quanto à temática da pesquisa vem sendo alicerçada na reflexão do respeito à união homoafetiva como modelo de entidade familiar, ou mesmo no reconhecimento desta como casamento, ou seja, demonstrar a possibilidade de construir um espaço jurídico para inserir a entidade homoafetiva nas modalidades de família previstas pelo Código Civil, usando como base os princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Todavia, restringir a relação homoafetiva ao direito de família, incluindo-os em um padrão previamente existente, talvez seja podar a liberdade objetivada

pela iniciativa, podar a autonomia, a capacidade de escolha e de independência dos homossexuais.

Nesse sentido, o presente trabalho analisa a possibilidade de revisão das estratégias jurídicas em vista de buscar pensar em formas de proteção mais igualitárias e menos vulneráveis a esta população.

Para tanto, a pesquisa encontra-se disposta em quatro capítulos. O primeiro capítulo abordará o caminho percorrido pela família, desde a idade média até os dias atuais, tal qual suas principais características no direito brasileiro.

O segundo capítulo trará uma noção de casamento, com um breve contexto histórico e uma comparação com as demais modalidades familiares, tais como a união estável e o concubinato, reconhecidas mais recentemente pelo direito brasileiro.

O terceiro capítulo versará sobre a homoafetividade, trazendo de uma abordagem histórica sobre o tema a contemporaneidade. Pretende abranger também a restrição que os homossexuais têm encontrado na religião e os princípios que abarcam a possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, tais quais o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem o indivíduo como principal fim, não admitindo nenhuma discriminação, e os princípios da igualdade e da liberdade.

Por fim, o quarto capítulo apresentará a repercussão da luta dos homossexuais, tal qual com o projeto de lei de autoria da ex-deputada federal Marta Suplicy (projeto de Lei nº 1.151/95), como uma primeira tentativa de regulamentação da convivência entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, e o Plano Nacional LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais), que pretende promover a cidadania como resultado da 1ª

Conferência Nacional LGBT, ocorrida em Brasília entre 5 e 8 de junho de 2008, trazendo diretrizes para a elaboração de políticas públicas para esse seguimento populacional.

Nessa conjectura, a presente pesquisa não pretende esgotar a discussão acerca da inclusão das relações homoafetivas no direito de família, mas tão somente trazer uma outra perspectiva à discussão, baseada na possível restrição à liberdade de escolha que tal iniciativa poderá trazer a esse grupo social, a fim de se fazer uma reflexão sobre novas formas de planejamento e de políticas sociais para dirimir os problemas que assolam essa parcela da população.

1 FAMÍLIA

1.1 Origem - evolução histórica

A família e tudo o que ela representa nem sempre foi como é hoje, sua idéia é variável com o tempo e a cultura do povo em questão. É preciso, pois retroagir para traçar um parâmetro¹.

Para os nossos antepassados, tanto na cultura grega quanto na romana, a família ia muito além de pais e filhos. A família era composta de pai, que era quem a liderava, denominado *pater-familias*, sua esposa, filhos, filhas solteiras, noras, netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes. As filhas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo. Séculos mais tarde, o poder do pai de família foi diminuindo gradativamente, mas a estrutura familiar continuava sendo patriarcal.²

A estrutura da família começa a mudar no século XVIII, com a revolução industrial, onde a mulher começa a se inserir no mercado de trabalho. O Brasil não fugiu a essa regra, as uniões matrimoniais foram regidas por sistemas legais e de valores que variam ao longo do tempo, o que dificulta comparações por períodos muito extensos.

Em 1824, o reconhecimento do Catolicismo como religião oficial, bem como a união entre Igreja e Estado imperial fez com que fosse dispensada a adoção do registro civil como forma de identificação legal do cidadão brasileiro e de garantias de seus direitos civis por quase todo o século, mantendo-se a prática dos livros eclesiásticos, em que, desde o período colonial, assinalavam-se nascimentos, casamentos e óbitos em volumes

¹ FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo horizonte: DelRey, 2003, p. 795.

² FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo horizonte: DelRey. 2003, p. 795.

distintos, de acordo com a condição do indivíduo registrado.³ Durante o Império, o vínculo religioso católico era indissolúvel e determinava o estado conjugal das pessoas.

O registro civil pelo Estado só foi organizado a partir de 1870, de acordo com a lei número 1.829, na qual a Igreja ficaria obrigada a enviar à autoridade civil a série de informações registradas. Na República, a lei de 24 de janeiro de 1890 criou o casamento civil, regulamentando a solenidade do mesmo e tornando-o independente do religioso e o único a ter validade jurídica e civil.⁴

Somente em 1942, foi introduzido no Código Civil o artigo 315, que estabeleceu a separação sem dissolução de vínculo, ou seja, o desquite. E, ainda nesse ano, a lei número 4529, de 30 de julho, regulamentando a anulação do casamento e a de nº 6515 (ainda em vigor), de dezembro de 1977, que instituiu o divórcio, permitindo aos divorciados que contraíssem novo matrimônio⁵.

Verdade é que o nosso cotidiano nos traz mudanças e transformações ao longo dos anos, e o nosso ordenamento jurídico busca se adequar às novas realidades que vão surgindo. Dessa forma, cada povo tem sua idéia de família dependendo do momento histórico vivenciado e da cultura em questão.

³ **História da vida privada no Brasil**. vol. 2, Companhia das letras, 1999, p. 339.

⁴ **História da vida privada no Brasil** – Contrastes da intimidade contemporânea. vol. 4, Companhia das Letras, p. 412.

⁵ **História da vida privada no Brasil** – Contrastes da intimidade contemporânea. vol. 4, Companhia das Letras, p. 412/413.

O Brasil avançou muito a concepção de Direito de Família em relação aos modelos restritivos do passado. Com a Constituição Federal de 1988, a União Estável passou a ser considerada célula familiar e também a unidade monoparental.⁶

Pode-se dizer que, do ponto de vista político e cultural, mudanças e permanências vêm marcando a estrutura familiar brasileira nas últimas décadas. A base familiar, isto é, casal com ou sem filhos, continua predominante, mas o “tamanho” da família diminuiu, cresceu também o número de uniões conjugais sem vínculos legais e de arranjos monoparentais – aqueles caracterizados pela presença do pai com filhos ou da mãe com filhos, contando ou não com outros parentes partilhando da mesma habitação.

Entretanto, as maiores transformações vêm ocorrendo no interior do núcleo familiar, assinaladas pela alteração da posição relativa da mulher e pelos novos padrões de relacionamento entre os membros da família. Estaria havendo uma mudança de paradigmas tanto no que diz respeito a tendência à passagem de uma família hierárquica e patriarcal para uma família mais igualitária, tendência inicialmente mais visível nas camadas médias urbanas e, com o tempo, passando a permear também as camadas populares.⁷ Devido à luta pela igualdade de direitos civis, não para de crescer o índice de famílias chefiadas por mulheres, as mulheres constituem uma importante parte da mão-de-obra no mercado de trabalho e, diferente do que acontecia no passado, poucas são as que ficam em casa. Têm uma presença ativa e importante até mesmo nos setores de atividade em que os estereótipos permanecem, como na política, por exemplo: são senadoras, deputadas, governadoras.

⁶ FIUSA, César. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo horizonte: DelRey. 2003, p.797.

⁷ **História da vida privada no Brasil** – Contrastes da intimidade contemporânea. vol. 4, Companhia das Letras, p. 414.

Muitas são as mulheres chefes de família ou mulheres responsáveis que dividem as despesas em igualdade de condições com o companheiro. Isso tem gerado inclusive discussões sobre a mulher estar se dedicando ao trabalho e suprimindo o tempo para a vida privada, pois a mulher, apesar de trabalhar fora de casa, não deixou de ser a administradora dos trabalhos domésticos em casa. Isso pode acarretar uma desresponsabilização dos homens, além de trazer um grande desgaste físico e emocional para a mulher.⁸

Enfim, a família era compreendida como estrutura rígida, fundada no casamento e na perpetuação da espécie. Modificou-se com as transformações civilizatórias e, atualmente, segue em direção do modelo aberto, onde a prole não é mais objetivo primordial para sua constituição, mas a afetividade, assegurada pelo respeito à dignidade e a intimidade de cada ser humano, uma vez que a liberdade e a visão eudemonista da relação familiar conduz à satisfação e à felicidade do indivíduo independente da orientação sexual de cada ser humano. Este, pelo menos, é o credo vigente e que informa as mais recentes e mencionadas transformações no interior da família.

O tipo eudemonista procura a satisfação do ser humano como principal fator, ou melhor, “é a doutrina que considera a busca de uma vida feliz seja em âmbito individual seja coletiva, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade”⁹.

⁸ Disponível em: <[HTTP://www.medicina.ufmg.br/dmps/nems/arquivos/entrevista_rosiska.pdf](http://www.medicina.ufmg.br/dmps/nems/arquivos/entrevista_rosiska.pdf)>. acesso em: 28 set. 08

⁹ VILELLA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Ética, Democracia e justiça. Foz do Iguaçu. 1994, p. 643.

1.2 Conceito e abordagem no ordenamento jurídico

A palavra família traz uma plurivalência de conceitos, ora significando o conjunto das pessoas que descendem do mesmo tronco ancestral, ora um conjunto de indivíduos ligados a alguém, ou a um casal, pelos laços da consangüinidade ou de parentesco civil.¹⁰

Vale ressaltar os ensinamentos de **Clóvis Beviláqua**:

“Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela”.¹¹

Esse conceito nos traz a definição de Direito de família enquanto vínculo estabelecido entre as famílias e o Estado, de modo a ser ele o regulador das relações interpessoais da sociedade como um todo.

Além das relações reconhecidas por Clóvis Beviláqua como reguladas pelo Direito de Família, identifica-se a união estável, onde, atualmente, é abrangida pela nossa Constituição Federal, que traz em seu artigo 226, §3º, o pluralismo familiar:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado do direito privado**. Vol 7. Campinas. Bookseller, 2000, p. 205.

¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 6ª ed. Rio de Janeiro. F. Bastos, 1937, p. 16.

Dessa forma, depreende-se que a entidade familiar não é apenas aquela advinda do casamento, que será abordada mais adiante. Identifica-se, pois, uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade familiar, abrangendo também a União Estável.

Vale ainda lembrar o § 7º do mesmo dispositivo legal:

§7 Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Esse texto Constitucional abre margem para a discussão de que com a liberdade de planejamento familiar, um casal não é obrigado a ter filhos para ser considerado família, deixando de ser, a prole, finalidade primordial do casamento e sim a afetividade.

Maria Helena Diniz diz ainda que direito de família, inferindo que sua finalidade ora rege relações pessoais, ora patrimoniais e assistenciais, é:

“o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois, embora a tutela e a curatela não advenham de relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.”¹²

Também fica claro que o direito de família não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que tange a regime de bens entre cônjuges ou conviventes, por exemplo, à obrigação alimentícia entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, de modo que os temas tratados pelo direito de família são o casamento, a união

¹² DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Saraiva. 2002, p.3-4.

estável, as relações de parentesco e os institutos de direito protético, objetivando tutelar a família.

É importante, pois, salientar que a nossa Constituição Federal, em seu artigo 226 §4º estendeu sua tutela no que tange a entidade familiar, considerando família também aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a, já citada, família monoparental:

Art. 226 (...)

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Portanto, o objeto da norma de Direito de Família não é apenas a família advinda do casamento, mas a regulamentação legal volta-se para a máxima proteção da paz doméstica de qualquer entidade familiar que preencha os requisitos de afetividade e consangüinidade. A palavra “também” traz um sentido de inclusão das entidades monoparentais no rol das familiares, abrangendo experiências e unidades de vivência individual.

Ou ainda, nesse sentido, ressalta-se o nosso Código Civil, onde, ao tratar de direitos reais, sobre o instituto do uso, em seu artigo 1.412, §2º, o legislador estendeu o conceito de família integrando as pessoas que vivem sob o mesmo teto, sob a autoridade de um titular:

Art. 1412 (...)

§2º as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico.

A família é, acima de tudo, a instituição a que é atribuída a responsabilidade por tentar superar os problemas da passagem do tempo tanto para o indivíduo como para a população, como um modo de educação do indivíduo para o convívio em sociedade.¹³

O direito de família possui um conteúdo fundamentalmente dependente de compreensões morais e éticas, as relações patrimoniais não são objetivo fundamental deste. Embora as uniões sem casamento tenham tomado um importante espaço no nosso ordenamento jurídico, o casamento ainda é o ponto central do direito de família.¹⁴

Todavia, a palavra família encerra, no que chama de afinidade, a idéia também de um conjunto de indivíduos do mesmo tronco ancestral, ascendentes e descendentes, ligados por um laço de consangüinidade, ou cônjuges, ligados por uma relação civil.

¹³ **História da vida privada no Brasil** – Contrastes da intimidade contemporânea. vol. 4, Companhia das Letras, p. 414.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, direito de família**. 4ª Ed. Jurídico Atlas. 2004, p.16.

2 CASAMENTO

2.1 Conceito

Sendo a família célula básica de toda a sociedade, e, por essa razão, dada a sua importância, inúmeras são as definições de casamento, instrumento constitutivo da comunidade doméstica, não havendo, portanto uma uniformidade nas doutrinas e legislações. Existem numerosas conceituações que refletem concepções originais ou tendências filosóficas.

Em sua maioria, as definições destacam um caráter religioso da união. As definições mais modernas destacam a necessidade da simples afetividade, ou até mesmo a necessidade de construção e realização na vida pessoal como motivos que levam à união através do casamento.

Raul Cleber da Silva Choeri, citando João Batista Villela assim pronuncia:

“Hoje, ao contrário do que foi no passado, a família expressa, por assim dizer, um espaço em que cada um busca a realização de si mesmo, através do outro ou de outros, e não mais uma estrutura em que os indivíduos estejam submetidos a fins do entorno social que os envolvia, particularmente o Estado e a Igreja.”¹⁵

Com as transformações no Direito de Família e a valorização do eudemonismo, a afetividade passa a ter preponderância nas relações inter-pessoais, prevalecendo em relação ao laço consangüíneo e biológico.

Inicialmente, para o Direito Romano, é pertinente falarmos com Modestino, no que tange a visão de casamento para as sociedades ocidentais. Segundo ele, casamento é a “conjugação do homem e da mulher; que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano”. Sua definição nos traz as matrizes do casamento, como sendo

¹⁵ CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual**. Rio de Janeiro- São Paulo- Recife. Renovar, 2004, p.78.

indissolúvel e um passo entre o que é divino e o que é profano.¹⁶ Mostra a importância da religiosidade da união, sendo ainda um ato muito solene e com muitas testemunhas.

Outra definição clássica é a de Clóvis Beviláqua:

“O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.”¹⁷

O Casamento é visto como alicerce para as famílias. Nesse sentido, César Fiuza define o casamento como uma união formal e estável entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente, constituindo uma família. Diferencia-se do namoro ou noivado por ser uma situação que vincula o casal, e da união estável, por ter rito celebrado e prescrito em lei, enquanto que a união estável é livre, embora também esteja prevista legalmente.¹⁸ Aí vem a compreensão do papel do Estado como regulador e legitimador dessas relações.

Venosa, citando a definição de Sílvia Rodrigues, anuncia a seguinte definição:

“Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regular as suas relações sexuais, cuidar da prole comum e se prestarem mútua assistência.”¹⁹

Destaca, todavia, que a definição do casamento não pode ser imutável, vendo que deve acompanhar a evolução da sociedade como um todo, e todas as mudanças sociais e culturais por ela sofridas, de acordo com o tempo e o espaço.

¹⁶ Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2091](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2091)>. Acesso em: 05. Out.08.

¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 6.ed. Rio de Janeiro. F. Bastos. 1938, p.36

¹⁸ FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 7.ed. Belo horizonte. DelRey, 2003, p. 798.

¹⁹ VENOSA, Sílvia de Salvo – **Direito Civil, direito de família**. 4.Ed. Jurídico Atlas, 2004, p.39.

A poligamia, por exemplo, que para nós é expressamente proibida, e considerada um absurdo, é amplamente permitida nos países de civilização islâmica, como questão econômica e social, onde, em muitas de suas regiões, quanto mais mulheres, mais elevado será o *status* e o poder econômico. Em contrapartida, o adultério é severamente punido entre os muçulmanos, sendo punido com cem chibatadas, como determina o Alcorão, ou, no caso da Arábia Saudita, é considerado o mais grave dos crimes, podendo a pessoa ser condenada a morte por apedrejamento, decapitação ou fuzilamento.²⁰

No que diz respeito à assistência mútua, seu entendimento é de que não é apenas nos aspectos econômicos, materiais e financeiros, mas também em exigências mais humanas e espirituais, como a cooperação e participação mútua na vivência e soluções de problemas.²¹

Já, para Washington de Barros Monteiro “o casamento é a união permanente entre homem e mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos.”²²

Essa característica destinada a ter filhos é desmistificada por César Fiuza, que vê a prole como consequência e não como finalidade primordial. Fiuza define como objetivo primordial do casamento o amparo, mútua assistência, e a satisfação recíproca. O casamento é uma instituição social, no qual a união de homem e mulher, por si só, já é uma

²⁰ MELO, Luís Gonzaga de. **Introdução ao Estudo do Direito Internacional Privado**. WVC. 2001, p.177-178.

²¹ MELO, Luís Gonzaga de. **Introdução ao Estudo do Direito Internacional Privado**. WVC. 2001, p.179.

²² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. Vol 2. 37. ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

forma de família, mesmo não tendo filhos, principalmente levando-se em conta os direitos sucessórios, e fatores psíquicos e econômicos.²³

O casamento no Brasil tem como características o fato de ser monogâmico, tendo aí a importância de uma união exclusiva, com o dever da fidelidade, conforme disposto no art. 1566, I do Código Civil. É um ato pessoal, ou seja, a manifestação da vontade de ambos os cônjuges é indispensável, porém, não bastando a vontade dos nubentes em constituir matrimônio, tem ainda que ser solene, celebrado por uma autoridade competente em razão da matéria, no casamento civil essa autoridade é o juiz de paz. Tais formalidades estão expostas no art. 1533 do mesmo dispositivo legal. O casamento homoafetivo ainda não é previsto em lei, somente sendo permitido o casamento heterossexual. É ainda previsto como dissolúvel, o casamento, conforme art. 226, §6º da Constituição Federal.

²³ FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo horizonte. DelRey. 2003, p. 798.

2.2 O casamento e as relações extra-matrimoniais

Caminhando paralelamente ao casamento, a existência de união livre também é notória e gera efeitos jurídicos. A família é uma construção sócio-históricamente determinada, vinculada, pois, a um sistema de valores, relativo, por exemplo, a fatores como o fortalecimento da economia ou da estrutura política e social em um grupo humano que, em um determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta.²⁴ Mesmo os casamentos sendo instituído dessa forma pelo homem, as uniões conjugais extra-matrimoniais continuaram a existir, gerando prole e bens em comum, e, conseqüentemente, tornando-se uma problemática, pela não regulamentação das mesmas.

Um tipo de união livre é a existência de concubinas (definidas mais adiante) que desde os tempos mais remotos, eram fatos na vida dos homens, ainda mesmo quando o regime natural era a poligamia.

Essas uniões ficaram sem efeitos jurídicos durante muito tempo, pois o legislador reconhecia apenas o casamento como forma de constituição de família, principalmente por tecer oposição a religião, que tinha, e ainda tem, notável influência na vida da sociedade. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, tais uniões eram vistas à margem da lei e rotuladas como pecaminosas.

Somente a partir da segunda metade do século XX que a doutrina começou a suscitar opinião em favor do reconhecimento desse tipo de união e, conseqüentemente, de direitos sobre ela. Distingue, no entanto, o chamado “concubinato puro” do “concubinato impuro”. Somente recebem proteção os solteiros, os separados judicialmente, os divorciados ou viúvos, ou seja, o concubinato puro ou a união estável. O chamado concubinato impuro

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, direito de família**, 4. ed. Jurídico Atlas, 2004, p.49.

são as relações contraídas como um dos meios de impedimentos dirimentes públicos, como as relações adúlteras, e o incesto, e não recebem proteção.²⁵

O concubinato ficou reconhecido, durante muito tempo, apenas na esfera obrigacional.²⁶ Para o concubinato é determinada a divisão entre os cônjuges do patrimônio amealhado pelo esforço comum. Em outras situações, para que a concubina não ficasse desamparada, os tribunais concediam a ela uma indenização por “serviços domésticos” prestados.²⁷

Nossa legislação mais recente, o Código Civil veio a designar o concubinato como aquelas relações que possuem impedimento a casar. Assim descreve o legislador:

“Art. 1727. As relações não eventuais, entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem o concubinato.”

Uma outra espécie de união livre é a união estável. Esta distingue-se do concubinato pelo fato de não haver impedimentos para o casamento.

Na união estável o convívio entre homem e mulher, não ligados entre si pelo casamento, se dá como se marido e mulher fossem, sob o mesmo teto ou não, basta a continuidade e a constância das relações, para além de simples namoro ou noivado,²⁸ como tanto, a união estável é um fato social que gera efeitos jurídicos. A relação de união estável não é tratada como relação entre concubinos, mas relação entre companheiros. Não há um tempo mínimo para que seja configurada a união estável, basta que seja ela pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família.

Nosso Código Civil, de 2002, regulamentou a união estável em seus arts. 1.723 ao 1.727.

²⁵ FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**, 7. ed. Belo horizonte: DelRey, 2003, p. 824.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, direito de família**, 4. ed. Jurídico Atlas, 2004, p.50.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, direito de família**, 4. ed. Jurídico Atlas, 2004, p.51.

²⁸ FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**, 7. ed. Belo horizonte: DelRey, 2003, p. 824.

Com a redação do artigo 1.723 observa-se a nova conceituação de união estável:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Os companheiros que vivam em união estável possuem direitos a requerer pensão alimentícia e direitos sucessórios em relação ao patrimônio do outro. Os bens adquiridos durante a união são presumidos como fruto do esforço em comum e mealhados, como pertencendo a ambos, aplicando-se a essas uniões o regime de comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito em contrário.²⁹

A união estável é então equiparada pela jurisprudência com os efeitos do casamento civil, no entanto, com a ressalva para aquelas uniões encerradas após a Constituição, em virtude do princípio da irretroatividade da lei.³⁰ Sendo assim, o Código Civil possibilita ainda aos conviventes, a possibilidade de requerer, em comum acordo e a qualquer tempo, a conversão da união em casamento, mediante requerimento ao juiz e assento no Registro Civil.³¹

²⁹ FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo horizonte. DelRey. 2003, p. 825.

³⁰ MAHEIROS FILHO, Fernando. **União estável**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre. Síntese, 1998, p. 16.

³¹ FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**, 7. Belo horizonte. DelRey. 2003, p. 825.

3 HOMOAFETIVIDADE

3.1 Conceito e evolução histórica

Criada em 1869, pelo escritor e jornalista austro-húngaro Karl-Maria Kertbeny, a palavra “homossexual” vem do prefixo grego *hómos* que significa “o mesmo/semelhante” e “sexual” que vem do latim *sexu* e significa “relativo ou pertencente ao mesmo sexo”, e, *lato sensu*, define-se por atração física, emocional e estética entre seres do mesmo sexo.³²

Nesse sentido, Luiz Varella Salem conceitua o homossexual da seguinte forma: “É aquele indivíduo homem ou mulher que tem atração sexual por membros do mesmo sexo.”³³

Embora o conceito seja recente, o homossexualismo existe desde os primórdios da humanidade, e vários são os discursos e entendimentos acerca dessa prática. Um deles é o que considera esse comportamento apenas como “variante da sexualidade majoritária sempre presente, mesmo quando não existem condicionantes externas”.³⁴

Desde as civilizações greco-romanas existia a prática homossexual. Em Atenas, por exemplo, no lugar onde eram celebradas as Olimpíadas, os atletas competiam nus exibindo suas belezas físicas e era vedada a presença feminina na arena, pois, era entendido por aquela sociedade que as mulheres não tinham capacidade para apreciar o belo, de modo que, evidentemente, aquelas seriam manifestações de cunho homossexual.³⁵

Além disso, adolescentes, conhecidos como efebos, eram escolhidos pelos preceptores, geralmente grandes guerreiros ou modelos de sabedoria, que os ensinavam em troca de favores sexuais, submetendo estes a ritos de iniciação sexual.³⁶ Era uma prática natural para

³² Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>>. Acesso em: 12 fev.09.

³³ VARELLA, Luiz Salem. **Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas, São Paulo. Agá Juri. 2000, p. 54.

³⁴ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>>. Acesso em: 12 fev. 09.

³⁵ BRANDÃO, Débora V.C. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p. 32.

³⁶ FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniãos Homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo. Medeiros. 2004, p. 38.

aquisição de sabedoria, de modo que a homossexualidade não era discriminada, por trazer características estético-corporal e intelectual.

Em 1870, um texto do psiquiatra alemão Carl Westphal intitulado "As Sensações Sexuais Contrárias" definiu a homossexualidade em termos psiquiátricos como um desvio sexual, uma das formas emblemáticas da degeneração, como inversão do masculino e do feminino. A partir de então, o homossexualismo seria tratado como uma doença mental. Nessa época existiam leis que proibiam as relações entre pessoas do mesmo sexo.³⁷

A homossexualidade foi considerada doença por mais de um século. No final da década de 1970, um manual de medicina natural apontava a homossexualidade masculina como “patologia psíquica ou somática” e trazia um rol de tratamentos para curá-la, tais como acupuntura, fisioterapia, shiatsu, entre outros, e aconselhava evitar alimentos doces e artificiais para não “pegar” homossexualidade.³⁸

No entanto, apenas em 1995, a partir dos movimentos de liberação sexual, que o homossexualismo desaparece definitivamente do rol das doenças ou sintomas, e passa a ser tratado apenas como manifestação do ser humano.³⁹ Porém, a vida de cada indivíduo é marcada por oportunidades e fatalidades advindas do acaso, modelando sua personalidade e refletindo seus efeitos nas relações familiares e sociais.

A contemporaneidade trouxe a chamada “revolução sexual”, na qual se costuma enxergar um processo de enfraquecimento de uma certa moral sexual conservadora, e traz em seu favor a mídia que vem colocar nas casas das pessoas, através de revistas e novelas televisivas, variações do relacionamento entre homens e mulheres, incluindo homossexuais,

³⁷ Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>>. Acesso em: 12 fev. 09.

³⁸ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro – São Paulo. Record. 2000, p.167.

³⁹ BORGES, Camila Oliveira. Os Direitos da Parceira Civil Homossexual. In Mello, Cleyson de M; Fraga, Thelma A. **Temas Polêmicos de Direito de Família**. Rio de Janeiro. 2003, p. 84.

retirando esses fenômenos do tabu e do silêncio público, e, apesar de ficarem esses marcados, recebem mais espaço para interagir.⁴⁰

Devido ao caráter capitalista das empresas de telecomunicação e marketing, a homossexualidade vem-se tornando “artigo de mercado”, com um grande número de telespectadores curiosos, especialmente devido à polêmica que o assunto gera.⁴¹ Além dos Ibopes, os homossexuais são, em sua maioria, os mais consumistas, e os que melhor pagam por diversos serviços, o que também chama a atenção de mercados e empresas capitalistas, dando a eles essa publicidade, duvidosa mas certa, e onde eles têm a chance de mostrar um pouco mais de si mesmos⁴².

Hoje, a visão mais progressista dos países precursores no reconhecimento jurídico dessas uniões tem predominado em toda a Europa. Na Dinamarca, por exemplo, a união homossexual é equiparada ao casamento heterossexual, exceto no que diz respeito à adoção, que é proibida, devendo pelo menos um dos parceiros residir permanentemente naquele país e ter nacionalidade dinamarquesa. Essa parceria pode perfeitamente ser registrada.

A legislação norueguesa é semelhante à da Dinamarca, mas os parceiros podem partilhar do poder familiar ou pátrio poder, o mesmo ocorrendo na Islândia. A Suécia oficializou essas uniões e a França facultou o parceiro beneficiar-se do seguro social. Na Holanda existe a proibição de adoção de crianças pelos parceiros, no entanto faculta a lei à união civil entre homossexuais.

⁴⁰ LEERS, Bernardino; TRASFERETTI, José. **Homossexualidade e ética cristã**. Campinas, SP. Átomo. 2002, p.18.

⁴¹ LEERS, Bernardino; TRASFERETTI, José. **Homossexualidade e ética cristã**. Campinas, SP. Átomo, 2002, p.19.

⁴² Disponível em: <[HTTP://vilamulher.terra.com.br/o-poder-de-consumo-do-publico-gay-13-1-48-48.html](http://vilamulher.terra.com.br/o-poder-de-consumo-do-publico-gay-13-1-48-48.html)> . Acesso em: 13 fev.09.

No Brasil, o ordenamento jurídico ainda não reconhece expressamente as relações homoafetivas. Mesmo assim, boa parte da doutrina atual, assim como da jurisprudência, tem considerado justo e viável o reconhecimento dessas uniões. Porém, parte da jurisprudência tem se firmado no sentido de que é possível que se reconheça uma sociedade de fato entre homossexuais, estando a questão puramente ligada quanto ao direito obrigacional, tutelando-a perante o juízo cível, em razão da matéria, para julgamento dos interesses patrimoniais existentes.

Contrapondo-se a essas jurisprudências, Maria Berenice Dias assim dispõe:

“As uniões de duas pessoa do mesmo sexo – agora chamadas de união homoafetiva – **merecem ser abrigadas no Direito de Família**, e não relegadas ao campo dos negócios, **pois não são sociedades de fato cujos sócios visam ao lucro, são sociedades de afeto.**”⁴³(grifei).

É fato que as relações homoafetivas têm tomado espaço na nossa sociedade e se tornado cada vez mais comuns. Impõe-se aos homossexuais o mesmo calvário trilhado pelos casais heterossexuais em relação às relações extramatrimoniais antes de serem estas reconhecidas pela Constituição Federal de 1988. Para Maria Berenice Dias, as relações homoafetivas merecem ser reguladas pelo Direito de Família, pois, mesmo que legítimas e numerosas sejam essas relações homoafetivas existentes, o Direito não as enxerga e coloca estas à margem da sociedade, relegando a estes, muitas vezes, somente o direito a serem sociedade de fato, reconhecidas como relações de caráter comercial, quando, para a autora, são na verdade sociedades de afeto, sem finalidades lucrativas, devendo, pois, serem abrigadas no direito de família, baseadas no respeito à identidade sexual, e nos princípios, positivados pelo art. 5º da CF/88, da dignidade da pessoa humana, da Liberdade e da igualdade.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004, p.22.

Sob esse mesmo prisma, a doutrinadora, entende que a diversidade de sexos não é condição *sine qua non* para a percepção conceitual da família. O principal fator de formação familiar é a afetividade. Existem muitas famílias que não se falam a muito tempo nem mesmo se vêem ou têm, tampouco, respeito uns pelos outros, essas não são sociedades de afeto.

Citando mais uma vez a opinião conceitual de Maria Berenice Dias:

“A família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares. Assim, a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereçam a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.”⁴⁴

O que a doutrinadora nos traz é a idéia de que a norma de inclusão do art. 226 da Constituição, ao reconhecer a comunidade monoparental como entidade familiar, dispensou a existência de par andrógino, referente a homem e mulher, e, não havendo outro fator explícito que distancie as uniões homoafetivas das entidades familiares, não há porque não discipliná-las como tal, mesmo porque preenchem os mesmos requisitos de afetividade, estabilidade e publicidade. Sendo assim, não se pode deixar de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos reconhecidos às relações heterossexuais com características idênticas.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre. 2001, p. 102.

3.2 A Homoafetividade e a Religião

O problema referente ao grande preconceito com relação à liberdade sexual reside na relutância que suas idéias causam entre um vasto contingente de pessoas, algumas delas fervorosamente religiosas, outras nem tanto.

A influência da igreja católica, edificada sobre o cristianismo, nos costumes da sociedade ocidental, é um dos pilares históricos fundamentais para a explicação de tais preconceitos, de modo a se tornar quase um paradoxo moderno.

Assim, vale observar a referência bíblica em que a homossexualidade é considerada abominação: “Não te deitarás com um homem, como se fosse mulher: isso é uma abominação”⁴⁵

A Igreja considera as relações genitais entre pessoas do mesmo sexo um ato desordenado, uma anomalia, não aceitando tal prática. Porém, se a pessoa tiver tendência homossexual, mas se mantiver casta, não estaria cometendo pecado.

Nesse diapasão, a própria igreja também prega a criação da mulher como meio de trazer companhia ao homem, para evitar a sua solidão em primeiro plano, e depois, em segundo plano, para a perpetuação da espécie.⁴⁶ Além de contrariar a função básica da relação carnal, qual seja, a procriação, a união entre pessoas de sexos iguais estaria contrariando também o elemento presente na história da criação divina de que a mulher foi criada para o homem e vice-versa, em que os dois sexos são vistos como complementares.

Ainda hoje muitos são os grupos cristãos que se reúnem em campanhas de mobilização para impedir a aprovação de leis e outras similares, que estejam em prol da causa homoafetiva.

⁴⁵ BÍBLIA SAGRADA Ave-Maria, rev. Frei João Pedreira de Castro, São Paulo. Editora Ave-Maria, 2000. Levítico 18:22, p.162.

⁴⁶ BRANDÃO, Débora V.C. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p. 30.

O pastor Euder Faber, presidente da VINACC (Visão Nacional Para a Consciência Cristã), uma organização evangélica com sede em Campina Grande (PB), em uma dessas manifestações se pronunciou da seguinte maneira:

“O movimento homossexual não concorda com os valores familiares e quer impor uma nova ordem social. Usa argumentos falaciosos e tenta jogar a justiça e a sociedade contra os cristãos. Está tentando impor uma verdadeira ditadura, coisa que só se vê em estados totalitários. Não abriremos mão de nossos valores nem da liberdade de defendê-los”⁴⁷.

Essa expressão personifica o medo de uma sociedade com rígidos padrões morais em relação a uma situação que “foge” a esses princípios éticos, tornando-se uma ameaça múltipla à reprodução biológica, à manutenção dos valores e da moralidade responsáveis por toda uma ordem específica e particular visão de mundo. Diante dessa visão, a união homoafetiva ganha uma conotação negativa.

⁴⁷ Disponível em: <[HTTP://liberdadeexpressao.multiply.com/journal/item/41](http://liberdadeexpressao.multiply.com/journal/item/41)>. Acesso em: 13 fev.09.

3.3 A homoafetividade e os princípios constitucionais

O Código Civil de 2002, atualmente vigente, se refere expressamente à diversidade de sexos no que tange a união estável, à união do homem e da mulher em seu artigo 1723, que diz:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre **homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (grifei)

Desse modo, afasta-se de qualquer possibilidade de reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. O Código Civil reconheceu a União Estável como entidade familiar, porém, esse dispositivo somente reconhece União Estável entre homem e mulher, não atribuindo, literalmente, relações entre pessoas do mesmo sexo, de modo a ficar, essas relações que são tão evidentes na sociedade, excluídas da legislação atualmente vigente.

Silvio de Salvo Venosa assim o diz:

“O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador originário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão, ao menos no atual estágio legislativo, cunho familiar real e verdadeiro, situando-se, acentuadamente no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato.”⁴⁸

Sendo assim, mesmo que há muito existindo, essas uniões jamais foram aceitas ou consideradas como coisa legal. A falta de dispositivo legal sobre a matéria tem tornado cada vez mais importante à atuação do operador do direito a fim de solucionar questionamentos. O juiz não pode confundir sua imparcialidade com neutralidade, um juiz nunca pode ser neutro, deve, portanto, entender os fatos sociais e atualizá-los, aplicar o Direito de acordo com a época vivente. Assim, é imprescindível, como propõe Pontes de Miranda:

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, direito de família**. 4. ed. Jurídico Atlas. 2004, p.55-56.

“Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais por fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhe corresponde.”⁴⁹

Os princípios são critérios maiores, que vão preencher as lacunas existentes na lei, muitas vezes não estão escritos, mas estão presentes em cada ramo do Direito, de modo que o juiz não poderá se eximir de sentenciar alegando a falta de legislação.⁵⁰

Nesse contexto, faz-se necessário também levar em consideração o entendimento do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a qual relata: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Ou ainda o art. 126 do Código de Processo Civil, que dispõe da seguinte maneira:

“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Quando nenhuma regra de direito clara é existente, nenhuma regra de direito é capaz de regular um caso específico, existindo contradições ou lacunas, seja pela diversidade interpretativa, seja pela controvérsia política, ou, nesse caso, a falta de regulamentação, é preciso fazer escolhas radicais. Para tanto, o Direito usa de analogia, interpretações jurisprudenciais, ou ainda de princípios jurídicos, os quais não servem apenas para preencher lacunas na lei, mas para as situações em que não houver resposta concreta,

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. 7. Borsoi. Rio de Janeiro. 1955, p. 170.

⁵⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. Rideel. São Paulo. 2004, p. 440.

existe a aplicação dos princípios, e estes devem esses ser considerados, pois são eles que regem o nosso ordenamento jurídico.⁵¹

A Constituição de 1988 veio consagrar como princípios basilares, que dão suporte aos direitos dos seres humanos (principalmente aos direitos dos homossexuais), a igualdade, liberdade e a dignidade humana, que constituem os elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, para o exercício da plena cidadania do indivíduo.⁵²

Apesar da existência de muitas jurisprudências com decisões a favor da união homoafetiva, o que deve ser feito é uma renovação do Código Civil, que pouco se diferencia do Código de 1916, apesar de estarmos em uma época totalmente diferente, com novos costumes e uma sociedade mudada. Nesse sentido, diversos doutrinadores concluem que há a necessidade de se reavaliar determinados conceitos em Direito de família. Mais ainda, há a necessidade de destituir-nos do moralismo que circunda o meio jurídico e encarar o fato da existência da união entre pessoas do mesmo sexo, tão comuns e inúmeras, e de ser indispensável o fato de esse tipo de união receber amparo legislativo, e não ficar entregue apenas ao entendimento jurisprudencial, devendo-se, pois, construir um espaço jurídico para inserir a entidade homoafetiva nas modalidades de família previstas pela Constituição Federal, a fim de se dar a essas uniões o respeito almejado como modelo familiar. Porém, será que é realmente disso que os homossexuais necessitam? O reconhecimento jurídico traz uma falsa impressão de reconhecimento social, porém não resolverá outros assuntos importantes como a questão referente à homofobia, que se caracteriza pela repulsa ou ódio a homossexuais.

⁵¹ DWORKIN, Ronald - **Levando os Direitos a Sério**. martins fontes. 2002, 1ªed.

⁵² IDEF, Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas. Curitiba. Juruá. 2001, p 81.

3.3.1 *Princípio da dignidade da pessoa humana*

O princípio da dignidade humana encontra respaldo na Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, onde está designada como um dos fundamentos do nosso país, como Estado Democrático de Direito, e sendo considerado um valor que acompanha o homem por toda a vida e não admite nenhuma discriminação, tem o indivíduo como principal fim de proteção e o desenvolvimento de sua personalidade como um objetivo primordial.

É importante lembrar que, anterior a Constituição Federal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, das Nações Unidas já trazia a importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

(...)

Art. 2

1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”⁵³

A dignidade é inerente à pessoa humana, ou seja, nasce com o indivíduo e integra a sua essência, e, dessa forma, simplesmente por existir, o mesmo é merecedor de todo respeito, independente de sua origem, idade, estado civil, condição social, raça e sexo.⁵⁴

A ausência de proteção estatal no que se refere aos homossexuais reduz a liberdade do indivíduo em termos gerais, reforçando a idéia de intromissões em sua vida privada e em sua intimidade, de forma que o seu direito à liberdade é obstado por infundados

⁵³ Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/dir_huma.htm> . acesso em 17 mar. 09.

⁵⁴ FILHO, Ives Gandra Martins. Disponível em: <[HTTP://www.comunidadeconica.com.br/Artigos/5778.aspx](http://www.comunidadeconica.com.br/Artigos/5778.aspx)>. acesso em: 17 mar.09.

preconceitos que acabam por fortalecer estigmas sociais e o sentimento de rejeição, violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, assevera Maria Berenice Dias que a principal garantia da Constituição Federal é a proteção da dignidade humana, e a discriminação baseada na orientação sexual constitui uma afronta a esse princípio:

“Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito”.⁵⁵

Sustenta e enfatiza a autora que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana passou a servir de base nas relações de família, mais especificamente, nas uniões homoafetivas, de forma a ser requisitado quando se objetiva reconhecer como entidade familiar essas uniões, sem restrições ou discriminações, de forma que as relações homossexuais fundadas no afeto e na sexualidade, de forma livre e autônoma, sem quaisquer prejuízos a terceiros, dizem respeito à proteção da dignidade humana.⁵⁶

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004, p 46.

⁵⁶ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001, p. 111.

3.3.2 *Princípios da Igualdade e da Liberdade*

O não reconhecimento da união homoafetiva afasta-se do primado constitucional da igualdade encontrado no art. 5º que diz: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)”.

Esse princípio traduz a democracia, que tem como fundamento o tratamento uniforme dispensado às pessoas, enquanto seres sociais.⁵⁷ É o princípio da igualdade de condições para todos, com os mesmos direitos e deveres, de forma proporcional.

A liberdade é prevista pelo mesmo artigo 5º da Constituição, inciso II, assim sendo explicitado: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A Constituição faculta, pois, à pessoa fazer o que quiser, nos limites da lei, respeitando os direitos de cada um. A liberdade de escolha implica no livre arbítrio, independente de orientação sexual, esse tipo de escolha é pessoal, não podendo ser questionado ou discriminado. A liberdade de escolha, no entanto, estaria sendo restringida quando tutelada pelo direito de família. Na verdade, deveria estar sendo aqui discutida a possibilidade de implementação de leis de proteção, tais como referentes a direitos humanos, pois estes garantem a liberdade de pensamento e da expressão e a igualdade perante a lei, como direitos básicos de todos os seres humanos⁵⁸. Objetiva ainda promover o progresso social e melhores condições de vida sem restringir a liberdade individual.

⁵⁷ IDEF, Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. **Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas**. Curitiba. Juruá. 2001, p.78.

⁵⁸ Disponível em: <[HTTP://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos)>. Acesso em: 25 mar.09

Para a doutrinadora Maria Berenice Dias, esses dois princípios acentuam o princípio da dignidade da pessoa humana a ser assegurada pelo Estado Democrático de Direito.⁵⁹

A liberdade tem como um de seus preceitos, o direito à vida privada, como o de autodeterminação sexual, ou seja, a liberdade do indivíduo viver a sua identidade sexual, seja ela hetero, homo ou bissexual, sendo esse direito um dos mais atingidos pelas intromissões sociais. Por essa razão, por ter que enfrentar diversas barreiras, a orientação sexual do indivíduo é submetida à clandestinidade, talvez pela desconsideração da sexualidade e a equiparação a pecado ou doença, a própria clandestinidade remeteria a tendência de classificar a homoafetividade como transgressão, e por último a própria idéia de viver a sexualidade na vida privada, ou seja, a vivência em intimidade para não atrair a atenção de preconceituosos.⁶⁰ Dessa forma, muitas vezes cabe-lhes a discriminação, omissão de sentimento, ferindo o direito a individualidade e a liberdade pessoal.

A identidade sexual é integrante da identidade humana, e como tal, deve ser igualmente protegida. Ela assume um *status* de direito de personalidade, por significar um interesse pessoal e existencial, devendo ser tratada como tal a fim de promover a dignidade da pessoa humana.⁶¹

Sendo esses princípios fundantes da democracia na vida social, cabe a todos os cidadãos, principalmente àqueles que lidam com a efetivação da Justiça, fazer com que suas diretrizes sejam respeitadas.

No Brasil, a impressão que se tem é a de que a história vive em um ciclo, onde tudo se contorce em caminhos que acabam no mesmo lugar, até que o ciclo se esgote

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004, p. 45.

⁶⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte. Del Rey. 1998, p. 76.

⁶¹ CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de Identidade e a Redesignação Sexual**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife. Renovar, 2004, p.135.

monotonamente para então passar para o próximo estágio; ou seja, o Brasil aparenta dificuldades em “digerir temas do seu tempo, preferindo modernizar-se apenas quando se encontra diante de fatos consumados”. Isso se deve principalmente pelo conservadorismo, insensibilidade e comodismo cultural.⁶²

A luta pelos direitos homossexuais muitas vezes tem sido vista como “modismo”, ou seja, algo atual, porém, passageiro, esquecendo porém de todo liame histórico que deu vida ao desenrolar dessa luta.⁶³ Parte dessa luta se dá através da necessária proteção e garantia conferida pelos direitos e princípios constitucionais.

⁶² TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro, São Paulo. Record. 2007. P.335.

⁶³ TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro, São Paulo. Record. 2007. P.336.

4 As mudanças no Direito de família com o reconhecimento da união homoafetiva

4.1 Repercussão nos tribunais

Como mencionado anteriormente, é certo que o direito positivo brasileiro não disciplina as relações homoafetivas, não lhes dando aprovação nem punições, de modo que as pessoas que se encontram nessa situação estão legalmente desprotegidas.

É certo ainda que a homossexualidade apresenta sua razão de ser por maneiras ainda desconhecidas, configurando uma característica do indivíduo e trazendo aos homossexuais a afeição e desejo sexual voltado para as pessoas do mesmo sexo. Dessa forma, as relações homoafetivas, apesar de serem minoria, devem ser compreendidas como um aspecto da vida dos homossexuais.

Com isso em mente, e com a influência imposta pelos Estados estrangeiros que regulam e aceitam tais uniões, o Estado Brasileiro se viu diante de casos envolvendo uniões entre homossexuais que precisavam ser solucionados, uma vez que é direito fundamental de todos os cidadãos que soluções para seus conflitos sejam apresentadas, mas não apresentam nenhuma disposição legal explícita para tal. Uma vez que tais uniões gerem patrimônios em comum, ou requerimentos de direitos previdenciários, ou inúmeras outras situações, é necessário, defendem alguns, a presença do Direito a fim de regulamentá-las e trazer soluções convenientes.⁶⁴

Diante disso, alguns parlamentares tentaram introduzir no nosso sistema legal algumas normas de caráter proibitivo, mas não obtiveram sucesso.⁶⁵ A doutrina ensina que para haver casamento tem que haver além da celebração solene, com testemunhas, a diversidade de sexos e a manifestação do consentimento dos nubentes.

⁶⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p.68

⁶⁵ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p.68.

Os mais liberais defendem que é necessário, acima de tudo, a realização afetiva, psicológica e sexual de uma união duradoura, pública e contínua, não importando a opção sexual. Posicionam-se ainda pela inconstitucionalidade do tratamento dado aos homossexuais, vez que a Constituição traz como preceito fundamental a não discriminação também em função de sexo, e que a convivência homossexual em nada se diferencia de uma União Estável.⁶⁶

Uma primeira manifestação surgiu do STJ com a possibilidade de o reconhecimento das uniões homoafetivas serem apresentadas como sociedade de fato, vez que um dos requisitos para tal seria a “mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum”⁶⁷. Apesar de muito criticada, tal posição foi um marco fundamental para a produção de efeitos jurídicos à relação homossexual, além de ensejar exemplo para a elaboração de outras decisões jurídicas.

Uma análise na ementa de um Recurso Especial corrido no STJ do Rio de Janeiro demonstra a regulamentação da união homoafetiva no Direito Civil, como sociedade de fato:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA.

1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do

⁶⁶ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, p.80-81.

⁶⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Resp nº 148897. Relator: Min. Ruy Rosado Aguiar. Minas Gerais, 10 fev .98.

registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele múnus, sem questionamento por parte dos familiares.

3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

4. Recurso especial não conhecido.^{68,,}

Mediante tal argumento, verifica-se que as uniões homoafetivas ainda encontram-se à disposição da vontade e sensibilidade dos nossos julgadores, vez que, a constituição federal não faz menção expressa a essas uniões, nem o direito de família pode protegê-las, Todavia, como a ausência de lei não significa a inexistência de direitos, esses julgadores têm que recorrer de jurisprudências e princípios gerais de Direito para formar a sua convicção.

Entretanto, as relações homoafetivas não têm o mesmo objetivo das sociedades de fato, duas pessoas do mesmo sexo não se unem em comunhão de vida a fim de realizar uma sociedade, mas se unem, a princípio, sem fins lucrativos. É o que diz a posição contrária ao argumento de positivizar a relação homoafetiva no Direito Civil.⁶⁹ Esse posicionamento incluído da idéia do “amor romântico”, sustenta o desejo e afeto na sua forma mais pura.

Tendo em vista a regulação constitucional de três espécies de família contemplada na Constituição, quais sejam, a família derivada do casamento, a família decorrente da união estável e a família monoparental, problematiza-se atualmente a possibilidade do reconhecimento das uniões homossexuais no direito de família.⁷⁰

Esse argumento vem permitindo vários julgados decidindo em prol de considerar entidade familiar aquela advinda de pessoas do mesmo sexo, mesmo não estando essas regidas pelo nosso ordenamento jurídico.

⁶⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Turma, Resp n. 502995. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Rio de Janeiro. 26 Abr.2005.

⁶⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk Matos. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspetos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte. DelRey. 2004, p.74.

⁷⁰ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro. Renovar. 2006, p. 37.

Em São Paulo já se pode constatar registros oficiais em cartório de união estável entre homossexuais. O primeiro deles se deu aos 17 de junho de 2003, segundo a Associação da Parada do Orgulho LGBT.⁷¹

No judiciário pode-se notar também as decisões voltadas ao tratamento das uniões homoafetivas pelo Direito de família. Ana Carla Harmatiuk Matos cita um trecho pertinente de decisão do TJRS em agravo de instrumento:

“A matéria não recebe o andamento que merece, pelo seu conteúdo, pela discriminação. aberta ou veladamente, a identidade de sexo transforma o afetivo numa relação civil ou comercial comum, como se fosse aluguel, compra e venda, participação societária, ou algo da mesma natureza.”⁷²

Depreende-se que, para esses juízes e muitos outros geradores do direito, uma sociedade de fato não seria o melhor meio de solucionar essa questão juridicamente por obstar o principal objetivo de uma relação homoafetiva que seria a união proveniente do afeto mútuo, porém, será que abordá-la no Direito de família, como união estável, ou até, como objetivam, como casamento, seria a melhor solução?

O preconceito acima dessas uniões não será eliminado de forma tão abrupta. Mais ainda, poderia se dizer que o casamento é apenas uma forma de registro para publicização e controle da união homoafetiva.

Oportuno diferenciar a proteção de tutela estatal: a tutela aqui mencionada traz uma idéia de esvaziamento da iniciativa, vontade, autonomia, capacidade de escolha, independência, limitação e escassez permeando a relação entre o indivíduo, a sociedade e o Estado.⁷³ De outro modo, a desregulação, juntamente com a necessidade de reconhecimento perante a sociedade, vai exigir uma intensa atividade regulatória para criar novas normas e instituições que irão presidir as uniões homoafetivas. Enfim, se questiona a tutela estatal como

⁷¹ Disponível em: <[HTTP://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/2842.pdf](http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/2842.pdf)>.

⁷² MATOS, Ana Carla Harmatiuk Matos. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspetos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte. DelRey. 2004, p.75.

⁷³ Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2045297>>.

fator inibidor da autonomia e iniciativas da sociedade⁷⁴, como forma de controle, vez que, uma vez tutelado, passa a ser aquele o padrão, a forma dentro da qual a escolha se apresenta limitada ou tolhida, em que aquele que o que fugir do contexto estará juridicamente marginalizado. Já a idéia de proteção pressupõe uma suave presença estatal no movimento homoafetivo, vez que não estaria regulando, mas sim garantindo direitos fundamentais, sem inibir a livre realização do leque variado de expressão do amor entre pessoas do mesmo sexo ou da homoafetividade.

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n7/tutela.pdf>>. Acesso em: 22 Set.09

4.2 Direito conquistado?

Todos os cidadãos fazem parte de uma sociedade com elementos diversos. A opção sexual é apenas uma característica do indivíduo, de forma que as diversidades existem e estimados 10% da população brasileira (18 milhões de pessoas) têm preferência por uniões com pessoas do mesmo sexo.

O debate se faz necessário porque vivemos em uma sociedade patriarcal e machista por formação e cultura, e, por essa razão, a orientação sexual homossexual ainda é mal interpretada pela sociedade, de forma que o preconceito e a discriminação sofridos por esse grupo acontece muitas vezes até no âmbito familiar. A discriminação gera a desigualdade. Gera também a homofobia, e, com essa, os homossexuais passam a ser vítimas de violências, constrangimentos, ameaças, intimidação, marginalização e exclusão. Dessa forma, o movimento LGBT Brasileiro, nos últimos 30 anos, vem tentando promover cidadania, combater a discriminação e estimular a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Contudo, a lógica do movimento é o que deve ser compreendido para que se possa buscar estratégias para melhorá-lo. Se é aparente uma organização social que vai contraditar a cultura dominante, como uma tentativa de fuga de uma realidade imposta, é obvio que esta encontrará resistência e enfrentará, assim, uma barreira social.

O grande tabu com relação ao tratamento relacionado às uniões homoafetivas talvez esteja ligado às dificuldades de se tratarem de questões relativas à sexualidade, especialmente quando fora dos “padrões socialmente estabelecidos”.⁷⁵

⁷⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk Matos. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspetos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte. DelRey. 2004, p.13.

Como colocado anteriormente, a constituição federal de 1988 elenca-nos, como um dos preceitos fundamentais, o de que todos são iguais em direitos e obrigações. Contudo, essa igualdade a qual nos remete o texto constitucional trata-se de uma “igualdade formal”, traduzida na forma de que todos são iguais perante a lei, porém sempre em busca da chamada “igualdade material”, onde a igualdade é vista como um “processo de construção”.⁷⁶ Isso pode ser observado, por exemplo, quando realizando uma análise no teor dos mandamentos constitucionais, nos deparamos com o artigo 7º, inciso XX da própria constituição:

“Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visam à melhoria de sua condição social:

(...)

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”(grifei).

A mulher é parte de um grupo social considerado vulnerável em relação ao grupo social masculino, e, por essa razão, pode ser discriminada enquanto mão-de-obra, especialmente em profissões específicas que exijam uso de habilidades definidas socialmente como prerrogativa masculina, além da existência de um histórico de preconceitos que circundam a mulher referentes ao mercado de trabalho, dessa forma, o texto constitucional tenta trazer proteção a mulher, tomando como ponto de partida a visibilidade das diferenças (igualdade material), para não haver discriminação ou mesmo para ter integração dessa no mercado de trabalho (igualdade formal).

É o que ocorre também com o tratamento privilegiado, a fim da promoção de proteção do Estado, que é dado às mulheres pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), ou

⁷⁶

Disponível em:
<[HTTP://www.articulacaodemulheres.org.br/amb/adm/uploads/anexos/artigo_lei_maria_da_penha.pdf](http://www.articulacaodemulheres.org.br/amb/adm/uploads/anexos/artigo_lei_maria_da_penha.pdf)>.

mesmo ao menor que passou a ser melhor protegido pelo Estado com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ou ainda o Estatuto do idoso (Lei . 10.741/03), que visa assegurar oportunidade e facilidades, além de dar proteção, aos maiores de 60 anos. Ou seja, são tratamentos protetores dados a uma minoria a fim de se estabelecer a igualdade entre todos e, assim, alcançar a “igualdade formal” pretendida pela Constituição Federal. Dessa forma torna-se essencial se distinguir as diferenças e as desigualdades, as tutelas da proteção.

Quanto às uniões homoafetivas, é necessário se buscar uma igualdade tomando por base o respeito à diversidade. Não há que se falar em discriminação pela diferenciação, pois é notória a desigualdade estrutural e grande vulnerabilidade social dos homossexuais, muito especialmente na esfera privada de suas vidas. Talvez em um futuro idealizado, onde essa desigualdade não esteja presente, não seja necessário, mas, na nossa realidade, a desigualdade existe. Isto posto, deve-se ter a aceitação do paradigma que, ao lado dos preceitos éticos, englobam também os princípios compensatórios das várias vulnerabilidades sociais.

Nesse contexto, simplesmente igualar as uniões homoafetivas às demais uniões, englobando-as no Direito de família não trará a elas a paz social. Menos ainda irá dirimir os preconceitos e até mesmo a violência imposta aos homossexuais por conservadores ou pessoas que não concordam com eles.

Uma melhor solução seria a promoção de medidas protetivas, tais quais englobadas nos direitos humanos, dando-lhes um tratamento privilegiado, a fim de dispor sobre todas as questões que abarcam as relações homoafetivas, a fim de lhes garantir melhor segurança, assistência e proteção jurídica, e ainda abordagem do assunto nas escolas de forma a tentar reprimir o preconceito já com as novas gerações, ou seja, todas as minorias

necessitam de uma melhor proteção, tomando por base o princípio da especialidade e o princípio da isonomia, cuja obediência pressupõe a máxima defendida por Aristóteles já na idade antiga, de se “conferir um tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida em que eles se desigualam”.

4.3 Projeto de Lei 1151/95 e Plano Nacional LGBT

Uma primeira tentativa de regulamentação da convivência entre pessoas do mesmo sexo se deu no Brasil com o Projeto de Lei número 1151 em 1995, de autoria da ex-deputada federal Marta Suplicy (PT/SP).

Tal projeto visa disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, propondo, basicamente, o direito à herança, sucessão, benefícios previdenciários, seguro saúde conjunto, declaração conjunta do imposto de renda e o direito à nacionalidade no caso de estrangeiros, isso posto em seus 18 artigos. O projeto não dispõe sobre a adoção de crianças por casais homossexuais.

Como esperado, o projeto sofre inúmeras restrições, sobretudo e principalmente, das entidades religiosas, tais como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que acredita no risco à família gerado pelo projeto, vez que a regulamentação dessas relações seria legitimar a relação homossexual, colocando em risco até mesmo a própria civilização por violar o mais importante instituto de organização da sociedade, que é a família. Encontra barreira também no âmbito das Forças Armadas, pois essas se posicionam radicalmente contra a presença de homossexuais nos quadros da corporação.

A idéia chega a ser combatida também por homossexuais, como o francês Gelles Lascar, proprietário de uma boate no Rio de Janeiro intitulada “Le Boy” e tem um grande número de freqüentadores homossexuais. Ele se posiciona da seguinte maneira: “Casar pra quê? Afinal, pesquisas sobre o casamento entre heteros revelam que a maioria pede divórcio após um ano de relacionamento. Por que entre gays seria diferente?”. Sua posição, todavia, bastante diferente das acima elencadas seria no sentido de que o projeto deveria se preocupar com os direitos humanos e com o combate aos preconceitos da sociedade em

relação aos homossexuais.⁷⁷ O que nos faz pensar se o projeto seria realmente a realização da vontade dos homossexuais ou apenas uma forma de regular as relações que se encontram à margem do ordenamento jurídico.

Uma análise no projeto (em anexo) mostra que ele não foi elaborado com destreza, visto que deixa margem a muitas indagações, como por exemplo, a possibilidade de ser usado por heterossexuais para conseguir benefícios como seguro saúde, ou mesmo fraudes ao imposto de renda, visto que a homossexualidade não é apresentada como requisito essencial para validade do contrato civil. Não oferece ainda os impedimentos, como os esposados pelo código civil ao casamento, de forma que dois amigos, ou mesmo familiares poderiam se beneficiar de um contrato civil.

O projeto se encontrou esquecido durante muitos anos, quando, em agosto de 2007, o deputado Celso Russomano (PP/SP) apresentou um requerimento solicitando a colocação dele na ordem do dia para votação no plenário da Câmara. O projeto ainda não entrou em pauta na Casa.⁷⁸

Por outro lado, o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, foi elaborado por uma Comissão Técnica Interministerial, e objetiva a busca de políticas públicas que consigam responder às necessidades, potencialidades e direitos da população homossexual, bem como do fortalecimento do Programa Brasil sem Homofobia, implantado desde 2004.

Trata-se de um plano atual e melhor elaborado com o fim de estabelecer maior equidade com a construção de políticas públicas de inclusão social e tentar reduzir discriminações.

⁷⁷ Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554)>.

⁷⁸ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

O Governo Federal, através da política pública dessa natureza, garantiria também o direito do casal homossexual de adotar filhos e se compromete a apoiar iniciativas legislativas que tramitam no Congresso Nacional que tratam dos direitos da população LGBT.

Ainda é muito frágil a garantia das defesas dos direitos referentes aos homossexuais. Nossos governantes dispõem de recursos e dados para combater a homofobia, tal como a mídia pode funcionar como meio de mudança da sociedade excludente para uma sociedade inclusiva, na qual todas as sexualidades sejam aceitas e respeitadas.

CONCLUSÃO

A condição que dita a estrutura familiar brasileira é regida por sistemas legais e de valores que variam ao longo do tempo. A organização familiar, que na antiguidade foi acompanhada pelo tipo patriarcal, na qual o pai desfrutava do poder de decisão frente aos problemas que circundavam a família e os destinos de todos os indivíduos da mesma, passou a mudar com a revolução industrial e a inserção da mulher no mercado de trabalho, porém a essência familiar continuava posta por valores machistas, por essa razão, o movimento feminista a partir dos anos 60 do século XX deu início a uma incessante busca por direitos iguais, para a mudança de uma família patriarcal para uma família mais igualitária.

Além disso, no Brasil, demonstrando as recentes mudanças que vêm marcando a estrutura familiar nas últimas décadas, a união estável, assim como a unidade monoparental, somente foi considerada como célula familiar com a Constituição Federal de 1988, atualmente em vigor. Com isso, vem crescendo o número de mulheres como chefes de família, à frente da unidade monoparental. A família que era compreendida como estrutura rígida, fundada no casamento e perpetuação da espécie, modificou-se com as transformações sociais.

O casamento tem como pressuposto a assistência mútua, com o dever de fidelidade, através de uma união permanente, e tem como consequência a reprodução. A união estável, hoje, é equiparada ao casamento pela jurisprudência, no que diz respeito aos efeitos civis. Distingue-se do concubinato por não ter, como esse, impedimentos para o casamento, porém, o concubinato também recebe proteção legal, determinando a divisão entre os cônjuges do patrimônio amealhado pelo esforço comum.

Tais transformações são elencadas pelos doutrinadores brasileiros, a fim de propor uma equiparação das uniões homoafetivas com as demais uniões previstas pelo código civil.

As relações de cunho homossexual existem desde os primórdios da sociedade, e, apesar das tentativas de conceituação, como doença, ou como perturbação psicológica, e das tentativas frustradas de restrição, elas continuam a existir, por serem tão somente uma característica de um grupo populacional, tal qual a cor dos olhos, ou a opção por preferências musicais diferentes.

Hoje em dia a orientação sexual ainda é vista como um tabu, onde o preconceito e discriminação sofridos por esse grupo acontecem mesmo no âmbito familiar, não recebendo apoio explícito da comunidade e de organismos sociais. A religião abarca as relações entre pessoas do mesmo sexo como uma abominação e prega que as pessoas com tendências homossexuais devem guardar para si esses sentimentos, pois se exteriorizá-los estará cometendo pecado.

Uma sociedade de bases machistas e com rígidos padrões morais acaba por impor barreiras sociais e discriminatórias aos homossexuais, que, por essa razão, muitas vezes são agredidos fisicamente ou moralmente devido à sua opção de sexo. A legislação brasileira também não traz em seu texto, expressamente, qualquer tipo de proteção sobre a matéria, porém, a ausência de lei não significa a ausência de direitos.

O texto constitucional, no entanto, dispõe sobre os direitos humanos de igualdade, liberdade e dignidade humana, que são a estrutura mestre da vida em sociedade. O homossexual, como qualquer outro cidadão, dispõe desses princípios básicos.

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana, assegurado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, não admite discriminação, além de não permitir a ninguém ferir impunemente o direito de outrem. O direito a igualdade previsto no artigo 5º refere-se a

não haver qualquer distinção entre todos, de forma a garantir os mesmos direitos e deveres. E o princípio da liberdade, também do artigo 5º, inciso II, dispõe sobre a vida privada, aqui posto como a liberdade de escolha da identidade sexual referente ao indivíduo.

Com isso, e com a ajuda da mídia, o aparecimento de passeatas e movimentos sociais em prol de proteção estatal tornaram-se cada vez mais comuns. Tal qual o surgimento de uniões homoafetivas e, com a ruptura delas, ou a morte de um dos parceiros, a necessidade de julgamentos a fim de amealhar patrimônio conquistado conjuntamente ou mesmo garantir que um dos parceiros não fique desamparado.

Diante da situação colocada, muitos doutrinadores têm julgado em prol de considerar a união homoafetiva como sociedade de fato, para garantir direitos aos parceiros homossexuais. A questão vem sendo debatida por vários segmentos da sociedade, sob o argumento de que deveria ter a concessão de *status* de união estável às uniões homoafetivas, ou a legalização do casamento homossexual. Corrente essa inteiramente recriminada pelos mais conservadores.

O projeto de Lei número 1.151 de 1995 objetiva legalizar o casamento entre homossexuais e, como esperado, sofreu uma série de restrições, encontrando barreiras no meio religioso e social, estando até o presente momento, esperando entrar em pauta no plenário da Câmara para votação.

Tal solução deveria ser revista com cuidado, visto que a busca maior dos homossexuais se dá no sentido de garantir proteção, tanto na esfera privada quanto na esfera social, com ações educativas sobre direitos humanos dos homossexuais, prevenção e punição das agressões sofridas, e promoção de políticas públicas, objetivando promover o progresso social. A regulação da união homoafetiva como casamento, no entanto, poderia estar restringindo o direito de escolha dessa parcela da população, tal qual, restringindo seus

direitos, e restringindo até mesmo a liberdade de iniciativa e autonomia no que tange ao leque de opções que circundam as uniões nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 6.ed. Rio de Janeiro. F. Bastos. 1938
- BÍBLIA SAGRADA Ave-Maria, rev. Frei João Pedreira de Castro, São Paulo. Editora Ave-Maria, 2000.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.
- BORGES, Camila Oliveira. **Os Direitos da Parceira Civil Homossexual**. In Mello, Cleyson de M; Fraga, Thelma A. **Temas Polêmicos de Direito de Família**. Rio de Janeiro. 2003.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de Identidade e a Redesignação Sexual**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife. Renovar, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2004.
- _____. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre. 2001.
- DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º vol. Saraiva. 2002.
- DWORKIN, Ronald - **Levando os Direitos a Sério**. 1. ed. martins fontes. 2002.
- FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Unões Homossexuais e seus efeitos jurídicos**. São Paulo. Medeiros. 2004.
- FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 7. ed. Belo horizonte. DelRey. 2003.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. Rideel. São Paulo. 2004.
- História da vida privada no Brasil**. vol. 2, Companhia das letras, 1999.
- História da vida privada no Brasil** – Contrastes da intimidade contemporânea. vol. 4, Companhia das Letras.
- IDEF, Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. **Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas**. Curitiba. Juruá. 2001.
- LEERS, Bernardino; TRASFERETTI, José. **Homossexualidade e ética cristã**. Campinas, SP. Átomo. 2002.
- MAHEIROS FILHO, Fernando. **União estável**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre. Síntese, 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk Matos. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspetos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte. DelRey. 2004.

MELO, Luís Gonzaga de. **Introdução ao Estudo do Direito Internacional Privado**. WVC. 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. 7. Borsoi. Rio de Janeiro. 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. Vol 2. 37. ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte. Del Rey. 1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Resp nº 148897. Relator: Min. Ruy Rosado Aguiar. Minas Gerais, 10 fev .98.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Turma, Resp n. 502995. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Rio de Janeiro. 26 Abr.2005.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro, São Paulo. Record. 2007.

VARELLA, Luiz Salem. **Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas, São Paulo. Agá Juri. 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil, direito de família**. 4. Ed. Jurídico Atlas, 2004.

VILELLA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Ética, Democracia e justiça. Foz do Iguaçu. 1994.

Pesquisas em sites da Internet:

Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

COLARES, Marcos. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2091](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2091)>.

CORREIA, Jadson Dias. Disponível em:
<[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554)>.

Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em:
<http://www.unicef.org/brazil/dir_huma.htm> .

FILHO, Ives Gandra Martins. Disponível em:
<<HTTP://www.comunidadeconica.com.br/Artigos/5778.aspx>>.

FONSECA, Paulo Henrique da. Disponível em:
<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2045297>>.

_____. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n7/tutela.pdf>>.

MELO, Liana. Disponível em:
<HTTP://www.medicina.ufmg.br/dmps/nems/arquivos/entrevista_rosiska.pdf>.

RIBEIRO, Antônio. Disponível em:
<<HTTP://liberdadeexpressao.multiply.com/journal/item/41>>.

Wikipédia. Disponível em: <HTTP://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos>.

Wikipédia. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade>>.

Disponível em: <<HTTP://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/2842.pdf>>.

Disponível em: <<HTTP://vilamulher.terra.com.br/o-poder-de-consumo-do-publico-gay-13-1-48-48.html>> .

Disponível em:
<HTTP://www.articulacaodemulheres.org.br/amb/adm/uploads/anexos/artigo_lei_maria_da_penha.pdf>.

ANEXOS

PROJETO DE LEI Nº 1.151, DE 1995

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e dos demais assegurados nesta Lei.

Art. 2º - A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro de Pessoas Naturais.

§ 1º - Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II - prova de capacidade civil plena;

III - instrumento público de contrato de união civil.

§ 2º - O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único - Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação do patrimônio comum.

Art. 4º - A extinção da união civil ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial.

Art. 5º - Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;

II - alegando desinteresse na sua continuidade.

§ 1º - As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

§ 2º - O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o § 1º deste artigo, só será admitido após decorridos 2 (dois) anos de sua constituição.

Art. 6º - A sentença que extinguir a união civil conterá a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º - O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta lei com mais de uma pessoa, ou infringir o § 2º do art. 2º

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art. 9º - Alteram-se os artigos da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art. 33 - Haverá em cada cartório os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais

pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10 - O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11 - Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 16 (...)

§ 3º. Considera-se companheiro ou companheira a pessoa que, sem ser casada, mantém com o segurado ou com a segurada, união estável de acordo com o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo nos termos da lei.

Art. 17 (...)

§ 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado".

Art. 12 Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 217. (...)

c) a companheira ou companheiro designado que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)

Art. 241. (...)

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove a união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei."

Art. 13 - No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham a união civil com pessoa do mesmo sexo.

Art. 14 - São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela Lei nº 8.971, de 28 de novembro de 1994.

Art. 15 - Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil ente pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16 - O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. (...)

I - ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro de união civil ente pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira".

Art. 17 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18 - Revogam-se as disposições em contrário.